6. Juni 1886 anzunehmen, daß der Spediteur allerdings den Auftrag hatte, die Waare für den Käufer in Antwerpen entgegenzunehmen; derselbe war, soviel aus den Akten ersichtlich, ausschließlich vom Käufer beauftragt und daher auch rechtlich der Verfügung desselben unterworfen, so daß die Disposition über die rollende Waare dem Käufer zustand.

5. Ist somit davon auszugehen, daß dem Käufer Hotz Eigenthum der streitigen Waare erworben wurde, so muß, nach dem in Erwägung 2 Bemerkten, die vorinstanzliche Entscheidung einfach bestätigt werden.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung der Klägerin wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem angefochtenen Urtheile des Bezirksgerichtes Schwyz vom 30. September 1886 sein Bewenden.

---

15. Urtheil vom 29. Januar 1887 in Sachen Goßweiler und Genossen gegen Bär.

A. Durch Urtheil vom 9. Oktober 1886 hat die Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich erkannt:

1. Der Rekurs ist begründet; es wird daher die von der Notariatskanzlei vorgenommene Ausscheidung der Aktiven der frühern Firma Goßweiler & Cie. aufgehoben.

2. Die Staatsgebühr ist für die Rekursinstanz auf 60 Fr. festgesetzt; die übrigen Kosten betragen:

19 Fr. 20 Cts. Schreibgebühr;
5 „ 30 „ Stempel;
— „ 55 „ Porto.

3. Die Kosten sind den Rekursgegnern anferlegt.

4. Dieselben haben die Rekurrentin für beide Instanzen mit 40 Fr. zu entschädigen.

5. U. s. w.

B. Gegen dieses Urtheil ergriffen Eugen Karl Goßweiler, Karl Küchler, S. Utz und G. Körner die Weiterziehung an das Bundesgericht.

Vor Eröffnung der Verhandlung in der Hauptsache beantragt heute der Anwalt der gegenwärtigen Rekursbeklagten Frau Bertha Bär, es sei auf die Beschwerde wegen mangelnden Streitwerthes nicht einzutreten.

Der Vertreter der Rekurrenten beantragt Abweisung dieser Einrede. In der Hauptsache trägt der Letztere darauf an, es sei der Rekurs gutzuheißen, sonach der Rekursalentscheid der Appellationskammer des zürcherischen Obergerichtes aufzuheben, die erstinstanzliche Entscheidung des Konkursrichters von Zürich wieder herzustellen und demnach im Konkurse des Arnold Bär die Aktiven der frühern Firma Goßweiler & Cie. auszuscheiden und daraus die Ansprecher, resp. Gläubiger der ehemaligen Firma Goßweiler & Cie. allein und unter Ausschluß der Privatgläubiger des Kridaren zu befriedigen, unter Kosten- und Entschädigungsfolge. Er erklärt ausdrücklich, daß er den vom Advokaten Dr. Ernst, Namens des Eugen Karl Goßweiler in seiner schriftlichen Rekurserklärung datirt den 23. November 1886 gestellten besondern Antrag fallen lasse.

Der Anwalt der Frau Bertha Bär trägt auf Abweisung der Beschwerde und Bestätigung des zweitinstanzlichen Entscheides unter Kosten- und Entschädigungsfolge an, eventuell erklärt er diejenigen Anträge wieder aufnehmen zu wollen, welche auf Seite 5 des Verhandlungsprotokolles des Konkursrichters von Zürich verzeichnet seien.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Durch Vertrag vom 5. Oktober 1885 wurde unter der Firma Goßweiler & Cie., Fournirhandlung Zürich, eine Kollektivgesellschaft, bestehend aus Eugen Karl Goßweiler in Zürich und Arnold Bär-Lämmlin, ebenfalls in Zürich, begründet. Schon am 7. Dezember 1885 löste sich diese Gesellschaft wieder auf und zwar in der Weise, daß Arnold Bär, welcher das Geschäft unter der Firma Arnold Bär als Einzelkaufmann fortführte, vertragsmäßig die Aktiven und Passiven derselben übernahm, wobei er sich dem Eugen Karl Goßweiler gegenüber

verpflichtete, demselben „sichere Garantie" zu geben, daß die bisherigen Verpflichtungen der Firma von ihm pünktlich erfüllt werden. Die Auflösung der Gesellschaft Goßweiler & Cie., sowie die neue Firma Arnold Bär wurden am 8. Dezember 1885 ins Handelsregister eingetragen und dies im Handelsamtsblatt veröffentlicht, mit dem Bemerken, daß letztere Firma Aktiven und Passiven der aufgelösten Gesellschaft übernehme. Am 8. Februar 1886 erklärte Arnold Bär seine Insolvenz. In dem über denselben eröffneten Konkurse erhoben die Rekurrenten als Gläubiger der ehemaligen Gesellschaft Goßweiler & Cie. den Anspruch, daß die von dieser Gesellschaft herstammenden Aktiven (Waarenvorräthe) ausgeschieden und daraus die Gläubiger der genannten Gesellschaft separatim und unter Ausschluß der Privatgläubiger des Arnold Bär befriedigt werden. Gegen die demgemäß von der Notariatskanzlei vorgenommene Ausscheidung erhob die Ehefrau des Arnold Bär, welche eine Weibergutsansprache von 38,062 Fr. geltend machte, Einsprache. Durch die Fakt. A erwähnte Entscheidung der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich wurde, in Abänderung des erstinstanzlichen Urtheils des Konkursrichters des Bezirksgerichtes Zürich, die von der Notariatskanzlei vorgenommene Ausscheidung aufgehoben.

2. Die von der Rekursbeklagten erhobene Einwendung, daß der gesetzliche Streitwerth nicht gegeben sei, ist unbegründet. Es ist nicht bestritten, daß die Forderungen der rekurrirenden Gläubiger den Betrag von 3000 Fr. übersteigen, dagegen ist geltend gemacht worden, es sei nicht erwiesen, daß der Werth derjenigen Aktiven, deren Aussonderung behufs ihrer separaten Befriedigung die Rekurrenten verlangen, 3000 Fr. übersteige. Der Werth dieser Aktiven ist nun allerdings für den Streitwerth maßgebend. Allein nach dem gesammten Inhalte der Akten darf doch ohne Weiteres angenommen werden, daß dieser Werth den Betrag von 3000 Fr. erheblich übersteige. Es genügt hiefür auf die in dem Akkomodementsvorschlage des Kridaren Bär vom 27. März 1886 aus dem amtlichen Konkursprotokolle mitgetheilten Angaben über den Werth der vorhandenen Waarenvorräthe und insbesondere auf die den Streitwerth betreffende Notiz des Konkursrichters zu Pendenz IV des bei den Akten befindlichen „Pendenzenverzeichnisses im Konkurse des Arnold Bär" zu verweisen. Auch im Uebrigen sind die Voraussetzungen der bundesgerichtlichen Kompetenz gegeben, denn der angefochtene Entscheid qualifizirt sich als Haupturtheil und die Sache ist, insoweit es sich um die Frage handelt, ob die Gesellschaft Goßweiler & Cie. als fortbestehend zu behandeln sei, zweifellos nach eidgenössischem Rechte zu beurtheilen

3. Fraglich kann dagegen erscheinen, ob nicht das Bundesgericht die materielle Prüfung der Sache deßhalb ablehnen müsse, weil der Vorderrichter die Ansprache der Rekurrenten schon aus prozeßualen Gründen (weil nicht in Form eines Vindikationsbegehrens gestellt) zurückgewiesen habe. Allein es ist doch nicht klar, daß der Vorderrichter diesen Grund für sich allein als durchschlagend erachtet habe, denn derselbe ist ja, trotz der als ungesetzlich bezeichneten Form des Begehrens, auf materielle Prüfung desselben eingetreten.

4. Nach den thatsächlichen Feststellungen der Vorinstanz kann nun kein Zweifel darüber obwalten, daß bei Abschluß des Vertrages vom 7. Dezember 1885 der Wille der Kontrahenten dahin ging, die Gesellschaft Goßweiler & Cie. sofort gänzlich aufzulösen und Aktiven und Passiven derselben dem einen der bisherigen Gesellschafter A. Bär zu alleinigem Eigenthum zu übertragen und daß nicht etwa eine Liquidation der Gesellschaft durch A. Bär als Liquidator beabsichtigt war; dies folgt, wie der Vorderrichter zutreffend ausführt, aus dem Inhalte des Vertrages vom 7. Dezember 1885 und dem Handelsregistereintrage zu vollster Evidenz. Es kann sich daher nur fragen, ob eine solche Art der Auflösung einer Kollektivgesellschaft und der Auseinandersetzung der Rechte der Gesellschafter am Vermögen derselben gesetzlich statthaft sei. Die Rekurrenten verneinen dies und behaupten, es sei für Kollektivgesellschaften eine Liquidation mit Befriedigung der Gesellschaftsgläubiger gemäß Art. 580 u. ff. des Obligationenrechtes obligatorisch; so lange die Liquidation nicht durchgeführt sei, müsse die Gesellschaft als fortexistirend behandelt werden und haben daher die Gesellschaftsgläubiger Anspruch auf separate Befriedigung

aus den Aktiven derselben. Dies ist aber gewiß unrichtig. Die Bestimmungen des Obligationenrechtes über die Liquidation sind nicht zwingender Natur; sie schließen eine anderweitige vertragsmäßige Ordnung der Auseinandersetzung zwischen den Mitgliedern einer aufgelösten Kollektivgesellschaft, insbesondere eine Auseinandersetzung mit Ausschluß jeder Theilung durch Uebertragung des Geschäftes in Aktiven und Passiven an einen der Theilhaber oder an einen Dritten, keineswegs aus. Die Liquidation ist nicht im Interesse der Gesellschaftsgläubiger vorgeschrieben, welche ja auf dieselbe gar nicht antragen können und welchen eine Einwirkung auf die Bestellung und Geschäftsführung der Liquidatoren gesetzlich nicht zugestanden ist; sie ist vielmehr lediglich der, in Ermanglung anderweitiger Willenseinigung Platz greifende, Modus der Auseinandersetzung zwischen den Theilhabern. Dies folgt nicht nur, wie der Vorderrichter ausgeführt hat, aus dem allgemeinen Handelsgebrauch, nach welchem die Uebertragung des Geschäftes in Aktiven und Passiven an einen Dritten oder an einen der Theilhaber stets als statthaft errachtet worden sei, sondern ergiebt sich auch aufs Unzweideutigste aus ausdrücklichen Bestimmungen des Gesetzes, insbesondere aus Art. 577, Absatz 2 und 587, Absatz 2 des Obligationenrechtes, welche die Uebernahme des Geschäftes mit Aktiven und Passiven durch einen Gesellschafter als zulässig erklären, resp. voraussetzen. Diese Ansicht ist denn auch in Doktrin und Praxis des deutschen Handelsrechtes weitaus überwiegend anerkannt (vergleiche Puchelt, Kommentar, ad § 133; v. Hahn, Kommentar 3. Auflage, I, S. 506 und ff. und insbesondere Entscheidungen des Reichsoberhandelsgerichtes, Band XXIV, S. 144 und ff. und Band XXV, S. 276 und ff.) Daraus folgt denn aber, daß die Gläubiger einer aufgelösten Kollektivgesellschaft, deren Aktiven und Passiven vertragsmäßig an einen der Gesellschafter übergegangen sind, im Konkurse dieses Letztern Ausscheidung der von der aufgelösten Gesellschaft herstammenden Aktiven und ausschließliche Befriedigung aus denselben nicht verlangen können. Daß die Uebertragung des Geschäftes an einen Gesellschafter unter Umständen zu widerrechtlicher Verkürzung der Gesellschaftsgläubiger mißbraucht werden kann, ist

freilich (trotz der selbstverständlich fortdauernden Solidarhaft der sämmtlichen Gesellschafter) richtig. Im Konkurse des Geschäftsübernehmers als Einzelkaufmann nämlich konkurriren ja auch dessen sonstige (Privat-) Gläubiger und es kann daher die Folge eintreten und beabsichtigt sein, daß letztere, insbesondere die Ehefrau mit einer privilegirten Frauengutsansprache, den Gesellschaftsgläubigern die Aktiven ganz oder großentheils vorwegnehmen, während eine Belangung der übrigen Gesellschafter wegen Insolvenz derselben einen Erfolg nicht verspricht, wonach dann die Gesellschaftsgläubiger, welche im Vertrauen darauf kreditirt haben, daß im Gesellschaftskonkurse Privatforderungen nicht konkurriren, leer ausgehen. Allein gegen derartige Machinationen ist den Gesellschaftsgläubigern vom Gesetze kein besonderes Sicherungsmittel gewährt, sie sind vielmehr auf die allgemeinen, gegen Gefährdung und Verkürzung der Gläubigerrechte überhaupt gegebenen, Schutzmittel, insbesondere auf die paullianische Klage, verwiesen, welche denn auch bei zweckmäßiger Gestaltung und Handhabung derselben völlig ausreichen dürften. Die paullianische Klage ist denn auch im vorliegenden Falle wirklich angehoben, aber vom Vorderrichter verworfen worden, und zwar deßhalb, weil dieselbe blos den Gläubigern eines im Konkurse befindlichen Schuldners zustehe, die Firma Goßweiler & Cie. aber gar nicht mehr bestehe, daher auch nicht mehr in Konkurs gerathen könne, Goßweiler selbst aber noch aufrecht stehe. Ob nun diese Ausführung zutreffe und ob im Uebrigen die Voraussetzungen der actio Pauliana gegeben wären, muß dahin gestellt bleiben, denn in dieser Richtung ist das Bundesgericht gemäß Art. 29 des Obligationenrechtes nicht kompetent, da gemäß Art. 889 des Obligationenrechtes hiefür kantonales, nicht eidgenössisches Recht maßgebend ist.

5. Wenn heute der Anwalt der Rekurrenten noch geltend gemacht hat, der eine der Rekurrenten, Eugen Karl Goßweiler, könne sich auf Art. 399, Absatz 2 des Obligationenrechtes berufen, da ihm aus dem Vertrage vom 7. Dezember 1885 ein Recht darauf zustehe, daß Bär die Gesellschaftsgläubiger befriedige, so ist diese Ausführung offenbar nicht richtig. Es kann ja gewiß durchaus keine Rede davon sein, daß Bär

durch den Vertrag vom 7. Dezember 1885 die Gesellschaftsaktiven, wie Art. 399, Absatz 2 dies voraussetzt, als Mandatar und auf Rechnung des Goßweiler erworben habe.

Demnach hat das Bundesgericht

erkannt:

Die Weiterziehung der Rekurrenten wird als unbegründet abgewiesen und es hat demnach in allen Theilen bei dem Urtheile der Appellationskammer des Obergerichtes des Kantons Zürich vom 9. Oktober 1886 sein Bewenden.

---

16. Urtheil vom 5. Februar 1887 in Sachen Lüthi gegen Rutishauser.

A. Durch Urtheil vom 28. Dezember 1886 hat das Obergericht des Kantons Thurgau über die Rechtsfragen:

„1. Hat sich der 2. Appellant der Ehrverletzung des 1. Ap„pellanten durch Pasquill schuldig gemacht?

„2. Ist die Forderungsansprache des 1. Appellanten im Be„trage von 5000 Fr. rechtlich begründet?" erkannt:

1. Sei in Bejahung der ersten Rechtsfrage der 2. Appellant zu einer Geldbuße von 200 Fr., eventuell zu 40 Tagen Gefängniß verurtheilt.

2. Sei in theilweiser Bejahung der zweiten Rechtsfrage der 2. Appellant verpflichtet, den 1. Appellanten mit 800 Fr. zu entschädigen.

3. Zahlen die Litiganten gemeinsam zu gleichen Theilen ein zweitinstanzliches Gerichtsgeld von 50 Fr. und seien die Appellationskosten weitgeschlagen.

B. Gegen dieses Urtheil erklärten beide Parteien, soweit es den Civilpunkt anbelangt, die Weiterziehung an das Bundesgericht.

Der klägerische Anwalt meldete durch schriftliche Eingabe vom 16. Januar 1887 folgende Anträge an:

1. Es sei die obgenannte Forderungsansprache des Dr. Lüthi

nicht blos gestützt auf Art. 55 sondern auch gestützt auf Art. 50 und 51 des schweizerischen Obligationenrechtes begründet zu erklären und demgemäß im eingeklagten, eventuell jedenfalls in einem den Betrag von 800 Fr. erheblich übersteigenden, Umfange zu schützen.

2. Eventuell sei, sofern die Forderungsansprache nur nach Art. 55. des schweizerischen Obligationenrechtes begründet wäre, dieselbe dennoch im eingeklagten, eventuell jedenfalls in einem den Betrag von 800 Fr. erheblich übersteigenden Umfange zu schützen, unter Kostenfolge.

Dagegen meldete der Vertreter des Beklagten mit Eingabe vom 15. Januar 1887 die Anträge an: Es wolle das Bundesgericht:

1. Die Entschädigungsforderung des Klägers aus beiden Gesichtspunkten, auf welche dieselbe fundirt wird, abweisen und nur eventuell

2. dieselbe aus dem Gesichtspunkte des § 55 des Obligationenrechtes in ganz minimem Betrage gutheißen;

3. meinem Klienten die ergangenen Kosten in demjenigen Verhältnisse, wie sie ihm gebühren, zusprechen.

C. Bei der heutigen Verhandlung ist, trotz geschehener gehöriger Ladung, keine Partei erschienen. Dagegen hat der Kläger zur Begründung seiner Anträge unterm 1. Februar abhin ein schriftliches Rekursmemorial eingesandt, welches aber vom Präsidenten des Bundesgerichtes den Akten nicht einverleibt wurde.

Das Bundesgericht zieht in Erwägung:

1. Da nach Art. 30 O.-G. die Verhandlung in der bundesgerichtlichen Instanz eine mündliche ist, und nur die Anträge schriftlich eingereicht werden dürfen, so kann auf das vom Kläger eingereichte Rekursmemorial keine Rücksicht genommen werden; dasselbe war vielmehr, wie geschehen, von den Akten auszuschließen.

2. In thatsächlicher Beziehung hat die Vorinstanz Folgendes festgestellt: Der Kläger (praktischer Arzt in Bürglen) hatte in den Jahren 1877—1880, insbesondere Ende 1877 und Anfangs 1878, den Sohn Arnold des Beklagten ärztlich behandelt. Nachdem im November 1883 dieser Sohn gestorben war, ließ der